



“La propiedad ha sido durante mucho tiempo encerrada entre las paredes civilistas, no obstante la misma trasciende en las diversas áreas del derecho, y de otras materias.”

Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales

97

Gilberto Mendoza del Maestro*

INTRODUCCIÓN

La propiedad, sin duda alguna, ha sido uno de los presupuestos básicos para la creación de los sistemas jurídicos occidentales, y en función de ello se ha manifestado su aporte para el inicio de la industrialización.¹

Los intereses que giran en torno a esta institución son diversos, tal como lo manifiesta el profesor italiano Paolo Grossi al afirmar que:

“ningún discurso jurídico está quizás tan empapado de bien y de mal, tan sazonado por visiones maniqueas como aquel que se refiere a la relación hombre-bienes. Porque son tan grandes los intereses en juego que inevitablemente las opciones económico-jurídicas vienen defendidas por las corazas no corroíbles de las connotaciones éticas y religiosas”?

Su régimen refleja la concepción filosófica de cada pueblo así como el factor que determina la estructura de su organización. Así pues, de manera inicial se podría decir que en regímenes liberales se reconoce la propiedad individual y la libre iniciativa privada, en cambio en regímenes socialistas se substituye la propiedad individual por la propiedad colectiva o la propiedad del Estado reduciendo a su mínima expresión la iniciativa privada, basándose entonces la actividad económica en la planificación estatal.

Siendo esto así, precisar su concepto, alcances y limitaciones; determinar la legitimación de los titulares y su reconocimiento por parte de los terceros, así como explorar los márgenes de su estabilidad (protección) en el transcurso del tiempo, son ámbitos de estudio necesarios para tener una aproximación básica sobre esta institución jurídica.

Ahora, si bien la propiedad puede estudiarse como un factor de igualdad (o desigualdad) así como un factor de producción, o como garantía de la persona en función de su dignidad y libertad; en un régimen de economía de merca-

* Profesor en el Post Título en Derecho Civil Patrimonial de la PUCP. Abogado de la Gerencia Registral de la SUNARP.

1 FUKUYAMA, Francis. Confianza. Buenos Aires: Atlántida, 1996, pp.85-86.

2 GROSSI, Paolo. La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico. Civitas, Madrid, 1992, pp. 31.

do los derechos de propiedad son una fuente de libertad económica y también, aunque algunos lo olviden, una fuente de libertad política³ y sociológica.

Así pues, dada la amplitud de esta institución, el presente artículo busca referirse a la propiedad en el ámbito jurídico, su reconocimiento en nuestro ordenamiento a partir de lo recogido en nuestra Constitución y lo desarrollado en el Derecho Civil. Si bien en este último ámbito se reconoció y desarrolló la regulación de la propiedad, en nuestro actual ordenamiento debemos revisar las líneas orientadores que la actual Carta Magna ha expresado sobre este derecho. Todo esto nos permitirá dilucidar los contornos, el contenido y los límites de este derecho.

Finalmente, si bien haremos referencia a un breve marco histórico es conveniente adelantar que la propiedad no es un concepto atemporal y rígidamente inmutable en virtud de un supuesto de derecho natural, sino que es introductoramente un concepto en gran medida formal, que por sí solo indica titularidad o atribución, por lo que su contenido es históricamente variable. En este sentido, concebir a la propiedad de manera abstracta e intemporal es una ficción.⁴

I. DEFINICIÓN

Una aproximación inicial al instituto de la propiedad es atribuida al profesor alemán Murswiek, el cual distinguía entre lo propio y ajeno. Esta aproximación intuitiva quiere decir que cuando uno sale a la calle y ve diversos objetos, no lo presumirá suyo, sino que asumirá que es propiedad de otro sujeto. En función de ello –en principio– no podrá usar, disfrutar o disponer de aquellos.

Ahora, dicha aproximación más que enfocarse en una posición funcionalista del derecho de propiedad a propósito de la oponibilidad,⁵ es el punto de partida para mostrarnos qué es la propiedad e indicarnos la ruta para definir sus contornos.

Muestra de ello se brindó en el histórico caso “Campbell vs Holt”,⁶ en el que el concepto de la propiedad se extendió a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Lamentablemente, en nuestro ordenamiento no se ha adoptado una definición, sino que ha descrito facultades y poderes en el Art. 923 de nuestro código sustantivo “*La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.*”

No obstante ello, podemos esbozar como definición de propiedad aquel dominio que tiene el titular sobre el bien, respetando la ley y el derecho de los terceros.

Dicha definición sencilla debe tener cuidado en aplicarse en propietarizar inclusive los derechos “*de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos*”⁷ Por tanto, no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho.⁸

De igual forma, debe indicarse que el derecho de propiedad es afín a otros derechos como la pensión

“(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención, que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”⁹

Al derecho a la herencia toda vez que este es un ámbito de apropiación privada y de transmisión *mortis causa*, prote-

3 FRIEDMAN, Milton. Preface: Economic Freedom Behind the Scenes. In: Economic Freedom of the World 2002 Annual Report, edited by J. Gwartney and R. Lawson, xvii-xxi. Vancouver: Fraser Institute. 2002.

4 CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. La propiedad. En: Estudios en Homenaje a la profesora Teresa Puente. Valencia: Departament de Dret Civil Universitat de Valencia.1996, pp.15.

5 Posición funcionalista ha manifestado BULLARD GONZALES, Alfredo. Conferencia brindada en la Zona Registral N° IX - Lima. Derechos Reales Vs. Derecho de las Obligaciones. 10.5.2011.

6 Fallos 144:219 y 145:307, Campbell v. Holt, 115 US 620, 1885. En ese sentido Thomas Cooley señalaba que “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad” por eso “todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de ‘propiedad’” (Thomas M. Cooley. The General Principles of Constitutional Law in the United States of America, pp. 345/346.

7 Madison, J. [1792] 1906. Property. In The Writings of James Madison, Vol. 6, 1790 -1802, edited by G. Hunt, 101-3. New York: G. P. Putnam’s Sons, Nickerbocker.

8 Hay que tener cuidado con las críticas y razonamientos que están detrás de ella, que quizá puedan indicar que en el Derecho Alemán también existió la ideología de la propiedad de los derechos. Y es que en el periodo entreguerras, en donde si bien fue considerada por algunos el Art. 153 de la Constitución de Weimar con tendencias socializadoras (a diferencia del Art. 903 BGB LANGE, Heinrich. Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht. Tübingen, 1933, p.19) -, toda vez que tenía en su seno restricciones que podían ser utilizadas como limitaciones de la propiedad. En ese sentido, el Reichsgericht (Tribunal Supremo Alemán) buscó –hasta donde pudo– interpretar de la forma más amplia dicho derecho. BRAHM GARCÍA, Enrique. Eigentum und Enteignung im Dritten Reich. Steinbach. Taunus. 1985, p.100. En ese sentido, ante la cada vez más fuerte influencia del nacionalsocialismo, el Reichsgericht indicó que el concepto de la propiedad era también aplicable a los demás derechos privados –incluido el derecho de crédito. (Reichsgerichts in Zivilsachen tomo 109, p. 319). Esta fue la reacción, ante un régimen que se avizoraba como limitador de derechos. Esto debe tomarse en cuenta dado que algún autor recientemente ha transcrito críticas sobre partes del BGB, señalando este “fue incapaz de garantizar derechos fundamentales”, no tomando en consideración los esfuerzos de los autores y Tribunales Alemanes por darle herramientas a propiedad en el periodo del nacionalsocialismo a fin que no se le vacíe de contenido. GONZALES BARRÓN, Gunther. Propiedad y derechos humanos. Superación del modelo liberal y codificado de la propiedad. Lima: El Jurista Editores, N°6, 2011. Es mayor la crítica dado que dicho autor sigue la orientación de sus otros textos de distorsionar información a fin de adaptarlas forzosamente a sus particulares posiciones.

9 Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28.2.2003. Indicamos afinidad, dado que en sede nacional se ha indicado una serie de distinciones entre el derecho a la propiedad y el derecho de pensión. Por su naturaleza, la pensión, no

gido por la garantía institucional del derecho de propiedad. Así pues, mediante el derecho a la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo la propiedad y la herencia de, igual manera, elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido, la herencia puede estimarse incluso como una manifestación de la garantía de la propiedad que en el sentido del texto constitucional, incluye no solo la facultad de aprovechar, sino también la de *transmitir de manera permanente*.¹⁰

De igual forma se ha indicado que la protección de la libre disposición del ahorro ya sea en moneda nacional o extranjera es una prolongación o manifestación del derecho de propiedad.¹¹

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el derecho romano encontramos diversas concepciones de propiedad, ya sea colectiva; copropiedad familiar o la propiedad individual. En este se desarrollan las facultades del *ius utendi*, *fructu* et *abutendi*.

Ya en la época preliberal o feudal se dividió el dominio directo del señor feudal y dominio útil del que cultiva. Esto dio origen a diversas afectaciones a la propiedad que dio como resultado el denominado régimen de manos muertas.

Posteriormente, en vigencia de la escuela del derecho natural, se reconoce a la propiedad como un derecho natural del hombre -intrínseco a su naturaleza-, por lo que debía tutelarse de las afectaciones de los poderes políticos y/o de terceros. Los límites de la misma se encontraban en el respeto a los derechos de los demás.

El código de Napoleón en su art. 544 definió de forma muy liberal a la propiedad "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*" Di-

cho artículo influyó en nuestro art. 460 del Código Civil de 1852 "Propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas", atenuando el pensamiento liberal francés.¹²

Si bien se considera que el Código de Napoleón, bajo la influencia de las ideas liberales de la revolución, otorgó a la propiedad un lugar privilegiado, no puede deducirse de ello un derecho irrestricto, porque tenía sus límites en la Ley.

En la Constitución de 1958 francesa (V República) no se reconocieron derechos fundamentales expresamente, sino tácitamente a través del Preámbulo donde se proclama la vinculación del pueblo francés a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional tal como se encuentran definidos en la Declaración de 1789¹³, concordada con el Preámbulo de la Constitución de 1946.

No obstante ello, el Consejo Constitucional en su sentencia N° 81-132-DC del 16.1.1982 (tema de nacionalizaciones) reconoció el valor constitucional del derecho de propiedad, aunque posteriormente modifica en parte su discurso indicando que se reconoce a la propiedad como valor constitucional a partir de su evolución.¹⁴

En sede alemana, el BGB regula a la propiedad en su 903 del BGB "*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen(...)*"¹⁵. Esto ha sido interpretado por diversos autores alemanes como el principio del uso lícito ilimitado de las cosas por parte de los propietarios, y las restricciones como excepción.¹⁶

No obstante esto, como vamos a ver en los siguientes puntos, la regulación civil debió interpretarse dentro del marco de lo dispuesto por el ordenamiento constitucional. Así pues debió interpretarse según lo dispuesto por la Constitución de Weimar en el art. 153¹⁷ (vigente a par-

es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos. Expedientes N.° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC. La pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), no es pasible de expropiación, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, debiendo distinguirse entre el pensionista y el beneficiario.

10 KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA, César. Derecho constitucional económico. PUCP: Lima. Fondo Editorial, 2009, p.257

11 KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA, César. Idem, p. 266.

12 DE TRAZEGNIES, Fernando. Presencia del Código de Napoleón en el Perú, los conflictos entre tradición y modernización. p. 261,262 En: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewPDFInterstitial/5138/5022>. Respecto a este punto hay que tener cuidado con interpretaciones sesgadas sobre la materia. "Por ejemplo, el Código Civil Peruano de 1852, fue tan liberal en cuanto a la definición de la propiedad, que omitió establecer la posibilidad de limitarla mediante leyes o reglamentos, a diferencia de lo que ya reconocía el Código Civil Francés de 1804. GONZALES, Gunther. Ibid, p. 89. El Dr. De Trazegnies ya ha indicado en su momento que nuestro código de 1852 tuvo dos omisiones de su antecedente a francés "de la manera más absoluta" y la referencia al uso prohibido por leyes y reglamentos. La justificación quizá está -según dicho autor- en que lo prohibido no necesita prohibirse nuevamente. DE TRAZEGNIES, Fernando. Ibidem. Una lectura más seria de dicho código y de los autores de la época evitarían distorsionadas interpretaciones como la planteada por el Dr. Gonzales en la que la propiedad sería ilimitada, basándose en la literalidad del Art. 460, desconociendo los orígenes, y dejando de lado las restricciones que tenía de por sí la propiedad en el ámbito legal. Esto es contradictorio con sus críticas que hace más adelante al señalar como frase trillada "la propiedad solo se limita por ley expresa" (SIC) GONZALES BARRÓN, Gunther. Ibid, p.91.

13 Art. 17 "la propiedad es un derecho sagrado e inviolable. Nadie puede ser privado de ella salvo por causa de necesidad pública, legalmente establecida, y mediante una indemnización justa y previa."

14 BON, Pierre. El Estado constitucional del derecho de propiedad en Francia. En: Revista Chilena de Estudios. Vol. 25, p.536.

15 Traducción libre: El propietario de una cosa, en tanto no vulnere la ley o los derechos de terceros, puede actuar con la cosa según su voluntad y excluir a los otros de cualquier intromisión.

16 ECKERT, Jörn En: SCHULZE, Reiner y otros. Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. Nomos, 6a edición, 2009, p.1273.

17 Artículo 153. La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del Imperio disponga otra

tir del 11.8.1919) y posteriormente bajo lo regulado en la Ley Fundamental Alemana (Grundgesetz).

Esta norma a través del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) ha clasificado las facultades de los privados para su utilización y obtención de provecho de los bienes de forma autoresponsable, a fin que se pueda disponer sobre ellos a través de sus decisiones de manera libre. Así pues, la propiedad garantizada del art. 14 I 1 Grundgesetz comprende la protección de la propiedad privada como institución jurídica (Institutsgarantie) y la garantía subjetiva del derecho de propiedad como derecho de libertad de los privados frente al Estado (Individualgarantie).

Mientras el art. 14 I 1 Grundgesetz como *Institutsgarantie* el legislador impone, la institución jurídica permite, la posibilidad de poner en funcionamiento el derecho de libertad patrimonial de los ciudadanos (Decisión 24, 389 del Tribunal Constitucional Federal), garantiza la norma como *Individualgarantie* la protección de los derechos de la propiedad individuales contra la expropiación.¹⁸

Dicha vinculación entre el Derecho Constitucional alemán, las decisiones de su tribunal federal y lo regulado en el BGB, han permitido espacios importantes de estudio sobre el derecho de propiedad, ya sea por el denominado contenido esencial, la función social, entre otros.

Dichos espacios también han sido adoptados en nuestro ordenamiento, aunque no de la misma fuente, sino por las traducciones españolas de alemanes, las cuales si bien han aportado para el estudio en nuestro medio, no han llegado de forma fidedigna.

III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Entre los instrumentos normativas más importantes en el derecho internacional tenemos La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (10.12.1948) Artículo 17. 1. „*Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.* 2. *Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 (entró en vigencia el 3 de enero de 1976) señaló en su artículo 11.

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. (...)”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948) en su ar-

tículo XXIII. “Toda persona tiene derecho a la *propiedad* privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.”

De igual forma en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 se indica

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. (...)”

En suma, podemos afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales reconocen y buscan que se respeten los derechos de la persona humana dentro de una vida digna, con satisfacción de sus necesidades básicas como el derecho al trabajo, a la seguridad social, derecho a la salud, a la educación, derechos de la familia, a participar en la vida cultural, a la *propiedad*, y a la vivienda. El reconocimiento del derecho a la propiedad y a su protección es expreso por estos instrumentos internacionales.

IV. LA CORTE EUROPEA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La razón sobre la que se organiza la tutela del derecho de propiedad se construye con criterios diversos y moderados. Cada Estado reclama tendencialmente para sí un ámbito propio de decisión en función de que la lógica de la propiedad viene dada en gran medida por las particulares concepciones y circunstancias políticas, sociales y económicas de cada sociedad.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta el art. 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

“Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.” (subrayado propio).

cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en favor del Imperio se realice con respecto a Países, Municipios y establecimientos de utilidad pública sólo podrá efectuarse mediante indemnización.. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.

¹⁸ — ECKERT, Jörn. *Ibid.*, p. 1273.

¹⁹ JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita. La protección del derecho de propiedad en el marco del convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal

De dicho artículo se puede verificar la protección al derecho de propiedad, y excepcionalmente la posibilidad de privación por causas justificadas y en vías legales, y la indemnización correspondiente.

Así pues, se destaca en las Sentencias del Tribunal Europeo (25 y 26) de Derechos Humanos de Estrasburgo (Gran Sala) de 23.11. 2000. Caso Ex-rey de Grecia y otros Contra Grecia.

El 21 de abril de 1967 se produce un golpe militar en Grecia que subvierte la organización sobre la base de la Constitución de 1968. Se adoptan medidas legislativas tendentes a abolir la monarquía e instaurar una República presidencial de régimen parlamentario. Con estos antecedentes históricos, no resulta extraño que se tomasen las correspondientes medidas de confiscación de los bienes propiedad de la familia real griega. El Estado griego no quería al rey, pero sí sus bienes. Lo que sorprende, no obstante, es la dilación de muchos años que sufre este particular proceso de expropiación. El primer acto de expropiación se produce en 1973 y el proceso se cierra con la ley N° 2215/1994. Entre un momento y otro, la propiedad de los bienes de la familia real pasa por las más variopintas situaciones jurídicas: fue nuevamente expropiada, sometida a un régimen de administración y gestión bajo el control de la administración estatal; incluso, se alcanzaron varios acuerdos negociados entre el Estado griego y la familia real. No obstante ello, por unas u otras circunstancias históricas, ninguno de los actos de expropiación ni tampoco los acuerdos llegaron a desplegar su eficacia.

El proceso acaba finalmente de forma tajante con la Ley n° 2215/1994. Siguiendo las tendencias políticas marcadas por el gobierno de Papandréou, esta sorprendente ley establece, bajo el estandarte de la *“legalidad constitucional y la memoria histórica”*, que el Estado griego deviene en propietario de todos los bienes muebles e inmuebles del rey Constantino, la princesa Irene y la princesa Catherine.

A los efectos indemnizatorios, la ley N°2215/1994 considera en vigor el decreto-ley de 1973 que valoraba a la baja los bienes de la familia real griega, reservándose, no obstante, el gobierno griego la posibilidad de compensar dicha indemnización con el crédito del Estado frente a la familia real.¹⁹

El Tribunal indicó:

- Que algunos de los bienes fueron adquiridos en algún momento por los antepasados de los ex-reyes.

- En diferentes momentos el propio gobierno los trató como bienes privados.
- El proceso de expropiación presupone propiedad.

Así pues, la protección del derecho de propiedad deviene tendencialmente coincidente con la evolución del derecho patrimonial. El objeto de tutela se refiere a un *interés económico* que haya sido “patrimonializado” con independencia de su envoltura formal. El centro del sistema patrimonial no es ya la relación de poder plena y absoluta sobre la cosa. Existen otras formas de poder organizadas bajo la cobertura jurídica de conceptos más elásticos, pero igualmente representativos del anclaje patrimonial de bienes e intereses económicos.

En el Caso de la Corte Interamericana se ha pronunciado en el caso de *Baruch Ivcher Bronstein V.s. Perú*, siguiendo esta tendencia de ampliar el concepto de bien a todo el patrimonio, señalando que este tenía derechos patrimoniales, que producto de una privación de la nacionalidad fueron despojados, no existiendo causal de utilidad pública alguna ni indemnización respectiva.

V. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

De la revisión de los artículos 3²⁰ y 43²¹ de nuestra Constitución Política, se desprende que nuestro país es un Estado Social y Democrático de Derecho, dejando de lado aquella concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo -tal como lo señala el Tribunal Constitucional-, no es sólo una cuestión terminológica, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

Y antes de dicho redimensionamiento, hubo un cambio fundamental que dio origen al Estado Liberal, el cual mediante dos revoluciones: la francesa y norteamericana, cambiaron la concepción de la época haciendo el reconocimiento de la libertad de las personas en contraposición a lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico.

Dicho Estado liberal de Derecho, si bien fue reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas producto de la industrialización. Dicho tipo de Estado, no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social.

Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex-rey de Grecia y otros c. Grecia) En: Derecho Privado y Constitución. Núm. 15. Enero-Diciembre 2001, pp. 241 y ss.

20 Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

21 Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno

“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

Por esto, en busca de la igualdad en sentido “material” en la sociedad junto con los mecanismos que coadyuven a esta, se propone otro tipo de Estado. En ese sentido, se señala que si bien los valores básicos del Estado liberal eran, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que

“(…) el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.”²²

En ese sentido, el Tribunal Constitucional²³ señaló que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, dado que:

“la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (…)”.

Por lo que, si juntamos la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder²⁴, y el respeto y tutela de los derechos fundamentales²⁵, estamos frente al denominado Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, Häberle señala que:

“El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizar elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta.”²⁶

Tal como lo señalamos, este modelo de Estado tiene como característica la supremacía constitucional, dado

que todas las normas no pueden estar al mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la constitucional.

Asimismo, la característica del control y la limitación del poder se refieren al respeto que impone la Ley, entendida como norma que acoge la voluntad general y no los requerimientos individuales. Esto conlleva al sometimiento del ejercicio del poder a reglas preestablecidas para la actuación estatal, lo cual quiere decir que toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, lo que se ha denominado, principio de legalidad.

Es importante enfatizar que este tipo de Estado busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales²⁷, consagrándolos en una norma jurídica, previniendo su perturbación o privación y creando mecanismos de tutela que protejan los mismos.

En conclusión, si bien por siglos se padeció la impronta de un legalismo formal, hace ya varios años ha salido a la luz un nuevo modelo, que no es producto de cambio meramente nominal, sino que adoptando el precedente lo humaniza, llenándolo de valores y principios de los cuales cualquier interprete debe partir.

VI. LA PROPIEDAD EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

En principio, tendríamos que señalar que si bien la propiedad ha sido reconocida en todas nuestras constituciones, siendo muestra de ello la denominada Constitución de Cádiz: “ART. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.”

Sin embargo, es recién en las dos últimas que son expresamente reconocidas como derechos fundamentales: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 14.- A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes”. (Constitución de 1979 y de 1993).

Es así, pues, que la propiedad es vinculada a su función económica de fuente riqueza estatal: “Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia

22 Fundamento 1 de la sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional.

23 STC 0008-2003-AI, Fundamento N° 12.

24 LOEWENSTEIN, Karl. Una antigua teoría: la separación de poderes. En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, LANDA ARROYO, César y RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Constitucional General. Selección de Lecturas de Derecho Constitucional. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1995. p. 18.

25 Adoptamos dicha denominación, toda vez que nos parece más amplia y más flexible que utilizar la expresión derechos humanos, derechos naturales o derechos morales. Ver: PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 36-38.

26 HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. México: UNAM, 2001, p. 3.

27 Artículo 1.- Defensa de la persona humana

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.” (Constitución de 1993).²⁸

La importancia de la propiedad era tal, que el Estado la protegía²⁹ y prohibía el régimen de manos muertas. “Art. 147º.- Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios y las vinculaciones; y *son enajenables todas las propiedades*, aunque pertenezcan a obras pías, a religiones o a otros objetos”. (Constitución de 1826). “Art. 160º.- La Constitución no reconoce empleos ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. *Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan*. La ley determinará el modo y forma de hacer estas enajenaciones”. (Constitución de 1828 y de 1834). “Art. 163º.- La Constitución no conoce empleos, ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. *Todas las propiedades son enajenables”*. (Constitución de 1939 y de 1856).

Esto podría ser un antecedente de la institución registral, la cual en el Perú nació para solucionar, entre otros, la falta del crédito, lo cual puede advertirse –posteriormente- en un diario de la época

“La ley de 02 de Enero de 1888, que mandó a establecer en la República el Registro de la Propiedad Inmueble, resolvió en el Perú el doble problema que desde largo tiempo preocupaba la opinión pública y que estaba ya resuelto en todos los países progresistas: “adquirir sin temor de perder lo adquirido y prestar con seguridad sobre la propiedad raíz”. Y luego añadían “(...) Es de advertir, que el objeto de la ley del Registro es solo favorecer a los terceros interesados que dan de buena fe su dinero, y no afecta los derechos existentes entre los contrayentes; por lo que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los primeros.(...)”³⁰

Ahora bien, no se piense que estamos de acuerdo con una protección del tráfico absoluta, sino dentro de los

límites que cada ordenamiento establezca.³¹ En este sentido, Lehman señala

“(...) En el tráfico no es siempre posible al individuo el investigar en la esencia de las cosas, debiendo atenerse normalmente a su apariencia externa y confiar en ella. La seguridad del tráfico quedaría muy perjudicada si esta confianza no encontrase protección. Ello debe tenerlo en consideración el ordenamiento jurídico y, en determinadas circunstancias, hará prevalecer la apariencia sobre la existencia. La cuestión reside en saber en qué medida ha de protegerse la confianza en estos supuestos de hecho externos.”³² (El énfasis es nuestro).

De otro lado, en el siglo XIX dada la importancia de la propiedad, la misma era reconocida como requisito para ser ciudadano,³³ para sufragar,³⁴ para ser elector parroquial,³⁵ representante³⁶ y para ocupar distintos cargos como Diputado,³⁷ Senador³⁸, Prefecto³⁹ o Subprefecto.⁴⁰

Ahora bien, la misma no es, ni ha sido absoluta, sino que tiene restricciones. Así pues el “Art. 40º.- *La ley, por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición lo situación en el territorio*. Constitución de 1920 y 1933. Artículo 31.- *La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan”*. (Constitución de 1933).

La Constitución de 1979 regula el tema a partir del denominado interés social, usando similar terminología que el Art. 153 de la Constitución de Weimar “La propiedad obliga.”: “Artículo 124.- *La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas,*

28 Artículo 112.El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características. Constitución de 1979.

29 Artículo 193º.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

(...) 3.- La propiedad (...) Constitución de 1823.

Art. 142º.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución. Constitución de 1826 y 1828.

30 En: GACETA JUDICIAL: Diario de doctrina, legislación, jurisprudencia y crónica. LIMA, 21.3.1891.

31 Diario oficial El Peruano 1.10.2007. Sentencia de casación N° 3088-06 LIMA “(...) Décimo Primero.- Que, en ese sentido, el principio de buena fe registral persigue proteger al tercero, que ha adquirido un derecho de quien finalmente tiene capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en tal tráfico inmobiliario puede importar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de la buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente; en consecuencia, la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva.”

32 LEHMANN, Heinrich. Doctrina del nacimiento, extinción y modificación de los derechos, doctrina del supuesto de hecho. Tratado de Derecho Civil. Traducción de José M. Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, volumen I, 1956, p.203.

33 Artículo 17º.- Para ser ciudadano es necesario:

(...) 4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero. Constitución de 1823

34 Constitución de 1856 y 1860

35 Constitución de 1823.

36 Constitución de 1823.

37 Constitución de 1828, 1834.

38 Constitución de 1823, 1828 y 1834.

39 Constitución de 1939.

40 Constitución de 1939.

obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad.” (Constitución de 1979)

En cambio el Art. 70 indica que debe ejercerse el derecho de propiedad en armonía con el bien común: “*Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.” (Constitución de 1993)*

Ahora bien, constitucionalmente no sólo existieron las restricciones, sino existen casos de la privación absoluta de la misma, la cual ha requerido la respectiva indemnización. Así pues, en la Constitución de Cádiz se indicaba: “*Expropiación por justa causa. Art. 172. Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: Décima: No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos.” (Constitución de Cádiz).*

104

Y se añadía: “*Art. 173.- El Rey en su advenimiento al trono, y si fuere menos, cuando entre á gobernar el reino, prestará juramento ante las Cortes bajo la formulación siguiente: N. (aquí su nombre) por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, juro por Dios y por los santos evangelios que defenderé y conservaré la religión católica, apostólica, romana, sin permitir otra alguna en el reino: que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía española, no mirando en cuanto hiciere sino el bien y provecho de ella; que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del reino: que no exigiré jamás cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa, sino las que hubieren decretado las Cortes: que no tomaré jamás a nadie su propiedad, y que respetaré sobre todo la libertad política de la Nación y la personal de cada individuo; y si en lo que he jurado, ó parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor. Así Dios me ayude y sea en mi defensa, y si no, me lo demande.” (Constitución de Cádiz).*

Posteriormente, el sentido de la misma no varió en sustancia: “*Artículo 70°.- (...) A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o*

necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.” (Constitución de 1993)⁴¹

Respecto a los extranjeros se mantuvo la política de brindarles casi los mismos derechos que los ciudadanos peruanos⁴², con algunas limitaciones adicionales: “*Artículo 71°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.” (Constitución de 1993 y de 1979).*

VII. LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha indicado que:

“La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...).”

Dicha concepción ha sido recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0008-2003-AI se

“reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.”⁴³

41 Art. 84° de Constitución de 1826, Art. 165° Constitución de 1828, 1834 y 1939, Art. 25° Constitución de 1856, Artículo 26 de Constitución de 1860, Art. 25 y 38 Constitución de 1920 y 1933, artículo 47 Constitución de 1933, artículo 125 Constitución de 1979.

42 Art. 168°.- Ningún extranjero podrá adquirir por ningún título propiedad territorial en la República, sin quedar por este hecho sujeto a las obligaciones de ciudadano, cuyos derechos gozará al mismo tiempo. Constitución de 1939 Art. 26°.- Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano. Constitución de 1856, 1860 y 1867 Art. 39°.- Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso pueden invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones, diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial. Constitución de 1920, 1933.

43 La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero,

Se añade en dicha sentencia que el ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- *El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.*
- *El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.*
- *El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común”.*

Ahora bien, dicha limitación de la propiedad se encuentra establecida por la denominada “función social”:

*“78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”.*⁴⁴

Así pues, la función social – con sus raíces en la Carta de Querétaro de 1917 así como en la Constitución de Weimar de 1919- sería consustancial al derecho de propiedad⁴⁵ y se encuentra dentro de su contenido esencial.

A nuestra consideración, las manifestaciones (limitaciones) de la función social del derecho de propiedad se verifican tanto externamente, como internamente (obligaciones) y las mismas no se encontrarían dentro del denominado contenido esencial del derecho de propiedad.⁴⁶

En este sentido, tenemos dudas si existiera violación a la llamada función social en su aspecto externo, ¿se está violando el derecho de propiedad? No, lo que se está justamente infringiendo son los límites de la propiedad, y en función de ello debería sancionarse, no por la vulneración del derecho, sino por abuso del mismo. De igual forma, en el supuesto de las manifestaciones internas (obligaciones) de la función social del derecho de propiedad, su incumplimiento generaría sanción dado que se han dejado realizar deberes que contiene la propiedad, lo que no es igual a los supuestos de la vulneración

producto de una privación o cuando se le ha vaciado de contenido.

Ahora bien, el denominado contenido esencial (Wesensgehalts) ha sido reconocido tanto en el art. 19.2 de la Grundgesetz “*Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*”⁴⁷; así como en el art. 53.1 de la Constitución de España 1978 “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)”

Posiciones sobre el denominado contenido esencial hay diversas, no obstante, adoptamos aquella que indica es parte del contenido de un derecho sin el cual este pierde su peculiaridad y no es reconocible como tal derecho.⁴⁸

Nuestro Tribunal no ha definido claramente cuál es el contenido esencial de la propiedad, sin embargo sí nos ha brindado algunas aproximaciones toda vez que ha señalado que la posesión no forma parte del contenido esencial

*“2. (...) no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece.(...)”*⁴⁹

Ahora, sobre la posesión debe tenerse en cuenta que en el caso de la comunidad de Mayagna Vs. Nicaragua la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido reconoce a partir del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas basta la posesión de tierra, para que en caso carezcan de título real, obtengan el reconocimiento de la propiedad.

para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...]. Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto.

44 N.º 0048-2004-AI/TC del 31.3.2005

45 Aunque muchos no hayan reparado en ello, esta posición de asumir límites internos al contenido de la propiedad (ENZINGER, Alfred. Das Enteignungsrecht im nationalsozialistischen Staat, Diss. München, 1935, p. 20) así como la indivisibilidad de derechos y limitaciones dentro del derecho de propiedad, mediante lo cual el propietario tenía derechos y al mismo tiempo obligaciones (KUTSCHER, Hans. Die Enteignung. STUTTGART, 1938, p.79.) fue la literatura reinante durante el régimen nacionalsocialista.

46 MERK, Walter. Das Eigentum im Wandel der Zeiten, Langensalza, 1934, p.15.

47 Traducción libre: Cuando según esta norma (Grundgesetz) un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no para casos particulares. Además la ley tiene que indicar el derecho fundamental. (2) En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial.

48 STC de 8.4.1981.

49 El Exp. N.º 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.

Y es que en el caso de la propiedad, a diferencia de otros derechos, nos encontramos a diversos tipos de manifestaciones las cuales requieren de un estudio casuístico que nos permitan obtener rasgos comunes a todos

“3. (...) Por otra parte y vista la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración. Corresponderá, en todo caso, a la magistratura constitucional, la construcción de los perfiles correspondientes a un contenido esencial del derecho a la propiedad que, de cara a lo postulado por nuestro ordenamiento fundamental, pueda predicarse como común denominador de las diversas clases o manifestaciones de la misma. (...)”⁵⁰

1. Limitaciones de la propiedad

En la época del nacionalsocialismo en Alemania, el art. 903 del BGB fue duramente criticado por los del régimen, toda vez que veían en su seno manifestación clara del liberalismo. En ese sentido, lo que se buscó si bien formalmente no era la desaparición del derecho de propiedad, sí mas bien su limitación al máximo o la creación de figuras afines.

En ese sentido se crearon figuras como el *Erbhof* a partir de vincular la tierra y la sangre, siendo el campesino la fuente de la sangre del pueblo alemán.⁵¹ En este sentido, se inmovilizaba la “propiedad”, ciñéndola a la estirpe familiar a fin que se transfiera de generación en generación⁵² y se logre una identificación entre los titulares vigentes y la tierra, toda vez que la misma, le “pertenece” a ellos, y también a sus futuros descendientes, pero sobretodo al pueblo alemán. En este sentido, las transferencias entre vivos, así como los arrendamientos no estaban facultados por el *Erbhof*.

Limitaciones de este nuevo derecho en principio es que no podía enajenarse ni gravarse⁵³. Podía privarse de la propiedad (*Abmeierung*) al campesino por falta de capacidad u honradez, falta de cumplimiento de ciertas obligaciones⁵⁴ las cuales son de la más variadas dado que puede ser enfocada respecto al campo (no utilización adecuada), frente al pueblo alemán (orden público) o contra del Estado o de la *Volksgemeinschaft*.

Dicha figura aplicada en nuestro ordenamiento denotaría una propiedad vaciada de contenido por las obligaciones y limitaciones que tiene. No obstante ello, en nuestro ordenamiento existen actualmente diversas limitaciones y obligaciones que tienen los propietarios.

Dado que hemos indicado que el derecho de la propiedad contiene diversas situaciones jurídicas, de ventaja como de desventaja, al igual que límites a su desenvolvimiento, cualquier afectación no puede considerarse como una vulneración del derecho de propiedad

“(...) ello ocurriría como consecuencia de la restitución en el ejercicio del derecho de posesión ordenada por la segunda instancia en el referido proceso. No obstante, como es fácil percatarse, la orden judicial en un proceso penal por delito de usurpación no puede sino pronunciarse sobre la perturbación o afectación de este derecho, restituyendo en su ejercicio a quien resulte agraviado, como ha ocurrido en el caso de autos. Ello sin embargo, no puede ser alegado como amenaza del derecho de propiedad garantizado constitucionalmente”⁵⁵

Otra muestra de limitaciones que no son vulneraciones, es lo regulado por los Art. 88 y siguientes de la Ley N° 27972⁵⁶, establece claramente que una de las atribuciones de las Municipalidades es la de velar las limitaciones y modalidades de la propiedad privada en armonía con el interés social, en sus respectivas jurisdicciones y dentro del ámbito de su competencia.

En ese sentido, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en el caso que los demandantes afirmaban ser propietarios de un inmueble constituido por terreno y construcción respecto del cual el Concejo Municipal de la zona correspondiente, dentro del procedimiento administrativo regular, había dispuesto la demolición de la obra por no haber recabado previamente a la construcción la correspondiente licencia que necesariamente todo particular está obligado a obtener. Entonces, el TC indicó que:

“6. El derecho de propiedad si bien es un derecho fundamental de toda persona no faculta a ninguna a desconocer las atribuciones que la Ley de Municipalidades y otras leyes que reconocen a los municipios como personas jurídicas de derecho público llamadas a ordenar la vida social dentro de su respectivo territorio”⁵⁷

Otro tipo de limitaciones permitidas la encontramos cuando se solicitó el traslado de dominio por sucesión

50 El Exp. N.º 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.

51 Preámbulo de la Ley Prusiana de 15.3.1933. Ha desarrollado dicha ideología DOLLE, Hans. Bürgerliches Recht und Reichserhofgesetz, Hamburg, 1935.

52 DIENER, Roger. Wandlung des Eigentumsbegriffs. Deutsches Recht. 1935, p. 178.

53 Numeral 1 del Art. 37 y preámbulo de la Reicherbhofgesetz.

54 Art.15 del Reicherbhofgesetz.

55 Exp. 5567-2006-AA/TC del 16.8.2006 publicado el 12.8.2007

56 Artículo 88.- Uso de la Propiedad Inmueble. Corresponde a las municipalidades provinciales y distritales dentro del territorio de su jurisdicción, velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común.

57 Exp. N° 7060-2006-PA/TC publicado el 24.5.2007.

intestada de una causante (ficha 3424 del Registro de Sucesiones intestadas de Tacna) de un predio (Partida electrónica N° 05012470 del Registro de Predios de la Zona registral N° XIII – sede Tacna) que se encuentra dentro de los 50 Km de frontera. Dado que el heredero era de nacionalidad extranjera, el Tribunal Registral declaró no inscribible dicha transferencia.⁵⁸

Así pues, para establecer restricciones a la propiedad, se han establecido como admisibles para el goce y ejercicio este derecho: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.⁵⁹

2. Expropiación

Así como cualquier otro derecho fundamental, el derecho de propiedad no es absoluto, toda vez que se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o tácitas. Sin embargo, la privación de la propiedad, consecuencia de la potestad expropiatoria del Estado, tiene que cumplir ciertos requisitos, como su condicionamiento al pago previo en efectivo. Si bien nadie puede ser privado de su propiedad, se podrá sacrificar a su titular de la propiedad cuando media causa de seguridad nacional o necesidad pública.

La expropiación ha sido definida como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 2° de la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117).

Respecto a este procedimiento, encontramos que el Estado⁶⁰ se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Solo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad.

Ahora bien, algunos han indicado que la expropiación (Enteignung) no vulnera el derecho de propiedad, por cuanto los afectados deben ser indemnizados, pues de no ser así contribuirían de un modo discriminatorio y más gravoso con las cargas pública en relación a los demás.⁶¹ Dicho criterio no puede ser compartido toda vez que mediante la expropiación no sólo se vulnera, sino se pri-

va forzosamente a su titular de la propiedad. Que exista indemnización por haberse realizado esta transferencia no enerva esta situación de privación del derecho. Lo contrario nos llevaría a afirmar que se podría expropiar sin los requisitos excepcionales que actualmente se establecen en la Constitución, toda vez que jamás se afectaría el derecho de propiedad por existir indemnización.

Un tema que sí merece mayor estudio es cuando se vulnera la *rentabilidad del propietario*.⁶² El supuesto más difundido es el del cambio de zonificación. Una persona compra un terreno, ha comprado un terreno a fin de iniciar la construcción de una fábrica toda vez que la zonificación se lo permite. Luego de algunos años, cambia la gestión municipal y si la zonificación cambia a residencial, por lo que la empresa vería mermada la rentabilidad de su propiedad. Este supuesto de las denominadas expropiaciones regulatorias ya ha sido introducida por algún magistrado del Tribunal Constitucional, sin embargo aún no se ha difundido su aplicación.⁶³

Finalmente, existen supuestos en los cuales mediante supuestos de reversión se han encubierto expropiaciones. Así pues en el proceso de amparo mediante el cual se cuestionó la Resolución de la Superintendencia de Bienes Nacionales N° 083-2001/SBN del 22.3.2001 solicitando se le declare inaplicable mediante el cual se pretendía revertir un terreno de de 20,476.00 metros cuadrados. El Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas, indicó que mediante las leyes especiales N°s 11061, 14197, 17716, 17719, 18460, 19462, 19555 y 19959, y demás disposiciones conexas y complementarias, se dispuso la reversión a favor del Estado de terrenos que tenían la calidad de eriazos.

El TC se pronunció indicando que no se siguió con el procedimiento para la declaración del terreno como eriazo, lo cual afectaba el derecho de defensa de los demandantes

“Asimismo, si la Superintendencia de Bienes Nacionales consideraba que, en aplicación de los dispositivos legales invocados, el terreno materia de autos tenía la condición de eriazo, correspondiendo su propiedad al Estado, no puede de plano desconocer los derechos que los demandantes tienen sobre determinada área de su propiedad, dado que cualquier limitación a ella debe fundarse en el respeto de sus derechos y con las condiciones establecidas en la referida disposición constitucional. En tal sentido, para declarar como eriazo un terreno, constituye requisito indispensable la existencia de un procedimiento administrativo que posibilite al propietario de dicho terreno discutir que el mismo sea calificado como tal. Por supuesto, dicho procedimiento

58 Resolución N° 171-2007-SUNRAP-TR-A del 24.8.2007

59 Exp. N° 0864-2009-PA/TC publicado del 22.9.2009

60 STC 5614-2007-PA/TC

61 KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA, César. Ibid, p.269.

62 CORRAL GARCÍA, Esteban. Los supuestos indemnizatorios y la Ley 16/2005 urbanística de Valencia. Capítulo 45. En: Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana. La Ley Grupo Wolters Kluwer – El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. 2006, p.1380.

63 Exp. N°01735-2008-PA/TC, Caso Shougang Hierro Perú. Voto singular del Magistrado Landa Arroyo.

supone otorgar todas las garantías al administrado, de tal forma que se le posibilite, desde el inicio, el efectivo ejercicio de su derecho de defensa”⁶⁴

Dicha entidad indicó que debió notificarse a los titulares registrales “(...) Sin embargo, contando con dicha información, tampoco notificó a los ahora demandantes del procedimiento administrativo en trámite.”⁶⁵ Colisionando ello con lo dispuesto con el Art. 70 de la actual Constitución.

Debe tomarse en cuenta que el quinto considerando del Decreto Supremo N° 023-2004-PCM, del 23.32004, reconoció,

“Que, el Estado Peruano asume el dominio de aquellos terrenos eriazos ubicados en el territorio nacional, excepto aquellos de propiedad privada inscrita en los Registros Públicos, ejerciendo los

atributos conforme a las leyes de la materia y normas reglamentarias pertinentes”.

APUNTES FINALES

La propiedad ha sido durante mucho tiempo encerrada entre las paredes civilistas, no obstante, la misma trasciende en las diversas áreas del derecho, y de otras materias. No obstante ello, actualmente es necesario enfocar su estudio a partir de lo desarrollado en el ámbito constitucional.

Ahí pues se delimitarán los contornos de dicho derecho, el cual deberá llenarse de contenido con los antiguas y nuevos aportes de las investigaciones que se realicen en los espacios jurídicos y no jurídicos. En aquellos, el derecho privado tiene mucho por contribuir.

64 Exp. N.º 2397-2003-AA/TC dicho criterio ha sido reiterado Exp. 00022-2007-AA/TC.

65 Exp. N.º 2397-2003-AA/TC.